

LA LEY CONCURSAL DENTRO DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO CONCURSAL INTERNACIONAL*

ELENA RODRÍGUEZ PINEAU**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS PRESUPUESTOS DE LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL Y LOS MODELOS REGULADORES.- III. LA SOLUCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO: 1. *Reglas de competencia judicial internacional*. 2. *Reglas de Derecho aplicable*. 3. *Reglas de reconocimiento y ejecución*. 4. *Reglas de coordinación entre procedimientos*.- IV. LA NOVEDAD DE LA LC: 1. *Las reglas de CJI*. 2. *Reglas de Derecho aplicable*. 3. *Reglas de reconocimiento y ejecución*. 4. *Reglas de cooperación en procedimientos paralelos*.- V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Históricamente el Derecho español no había regulado los problemas del concurso internacional; las soluciones se construían a partir de una escasa jurisprudencia y la elaboración doctrinal surgida a raíz del caso de la *Barcelona Traction*.¹ Pero ya desde el primer anteproyecto de ley concursal de 1983 se ve la necesidad de regular esta materia, y así se reitera en 1995 y en

*. Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación SEC 2003-01077/JUR, sobre «La incidencia del Derecho internacional privado en el proceso de integración europea».

** Profesora Asociada de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Madrid

¹. M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, «Artículo 10», en *Comentarios a la ley concursal*, A. Rojo/ E. Beltrán (dirs.) Civitas, *en prensa*; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Aspectos internacionales de la situación concursal», en AA.VV., *La reforma del Derecho de quiebra*, 1982, pp. 329 ss; C. ESPLUGUES MOTA, *La quiebra internacional*, 1993, pp. 170 ss.

el anteproyecto de 2001, del que resulta la Ley Concursal (en adelante, LC) de 2003.²

Aunque la LC introduce la primera codificación «autónoma» (*i. e.* elaborada por el legislador español) de Derecho concursal internacional, ya existían en nuestro ordenamiento reglas comunitarias de Derecho concursal internacional, en concreto el Reglamento CE 1346/2000³ -en vigor desde marzo de 2002- y una serie de directivas de naturaleza más sectorial, que cubren la insolvencia de ciertas entidades que el propio Reglamento 1346/2000 deja fuera de su ámbito de aplicación por hallarse normalmente sujetas a regímenes especiales de control prudencial. La presencia de estas soluciones comunitarias no reduce la importancia del Título IX de la LC, pero su preexistencia es fundamental para entender el Derecho concursal internacional autónomo. En otros términos, la LC se puede entender como el complemento natural de aquellas soluciones en los aspectos que no quedan cubiertos por las reglas comunitarias.

El objeto fundamental de esta ponencia es explicar el lugar de la LC y la *ratio* de sus soluciones dentro del sistema español de Derecho concursal internacional. Y para ello procederemos en tres fases. En primer lugar presentaremos los problemas que plantean la internacionalidad del concurso y los modelos de solución de éstos, que son el presupuesto que nos permitirá comprender las distintas opciones legislativas posibles para regular el concurso internacional. Con estas premisas se analizarán las soluciones del Derecho comunitario de la insolvencia internacional, que constituye la normativa de base sobre la que se construye el sistema español de Derecho concursal internacional. En un tercer punto se presentarán las soluciones de la LC desde la perspectiva de su incorporación a ese sistema de Derecho concursal internacional.

² La doctrina española no dejó de prestar atención a las normas de Derecho internacional privado recogidas en ambos anteproyectos; así, para el de 1983 *vid.* J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Competencia judicial de los tribunales españoles para declarar el concurso del deudor y eficacia en España del concurso declarado en el extranjero» en *Estudios sobre el Anteproyecto de LC en R.F.D.U.C.*, 1985 (pp. 211 ss); para el proyecto de 1995, C. ESPLUGUES MOTA, «Eficacia en España de los procedimientos concursales iniciados en el extranjero. Análisis del anteproyecto de ley concursal de 12 de diciembre de 1995, en relación con del Convenio de Bruselas de 23 de noviembre de 1995, relativo a los procedimientos de insolvencia», *R.D.B.B.*, vol. 16, 1997, pp. 1121 ss.

³ Reglamento 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000, DOCE de 30 junio 2000 L 160/1. El Reglamento es el resultado de la transformación del Convenio de 1995, adoptado en aplicación del antiguo art. 220 TCE (art. 293 actual) que fue firmado por los Estados miembros (salvo Gran Bretaña) pero nunca entró en vigor. La iniciativa para transformar el convenio en Reglamento, con base en el artículo 67 del nuevo Tratado CE (Amsterdam), partió de Alemania y Finlandia.

II. LOS PRESUPUESTOS DE INSOLVENCIA INTERNACIONAL Y LOS MODELOS REGULADORES

La actividad económica en un mundo globalizado tiende a sobrepasar las fronteras estatales para desarrollarse en un contexto internacional; cada vez más empresas incorporan un elemento de internacionalidad a su actividad económica (adquisición de la materia prima, fabricación, localización de activos, apertura de establecimientos, etc.). O dicho en otros términos, la actividad económica carece de fronteras. Sin embargo los ordenamientos jurídicos son territorialmente limitados, de manera que la regulación jurídica está necesariamente fragmentada. Este fraccionamiento jurídico genera una paradoja pues, a pesar de que la empresa constituye una unidad económica, su regulación puede estar fraccionada.⁴ Y ello ocurre tanto cuando la empresa está en situación de normalidad productiva como cuando entra en un momento de crisis y potencial insolvencia.

Las soluciones que cada Estado idea para ordenar la insolvencia tienen alcance territorial. Simplificando mucho, cuando se regulan los supuestos de insolvencia «interna» se trata de introducir normas que permitan una acción colectiva eficaz frente a un deudor insolvente, evitando comportamientos estratégicos del deudor y de los acreedores dentro del territorio para el que se regula. Siguiendo un símil clásico en la materia, el Derecho concursal sería el mecanismo por el cual se resuelven los problemas que plantea la existencia de un caladero común que no cubre las necesidades de todos los participantes.⁵ Cada Estado articula estas normas, *i. e.* regula su caladero, conforme a criterios propios: puede preferirse un sistema de liquidación o favorecerse un mecanismo de saneamiento, puede defenderse un modelo que favorezca la continuidad de la empresa, o un modelo de protección de los acreedores en el que se persiga primordialmente el cobro de los créditos.

En un supuesto de insolvencia transfronteriza el caladero es internacional, pero a diferencia del concurso nacional, no existe un «superestado» que pueda ordenar las relaciones dentro de ese caladero. La regulación sigue correspondiendo a los Estados, con la consiguiente disfunción a la hora de solucionar los supuestos de insolvencia con elemento internacional. Los Estados

⁴ Evidentemente esta es una presentación *animus simplificandi* ya que en el tráfico internacional existen mecanismos de cooperación, normas internacionales, prácticas uniformes, etc.

⁵ TH. JACKSON, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, 1986, pp. 10 ss.

no ven *un* caladero común sino *su* caladero, porque el legislador estatal no observa lo que ocurre más allá de sus fronteras. Pero además este fraccionamiento jurídico tiene un serio inconveniente ya que puede favorecer comportamientos estratégicos, tanto del deudor (que puede eludir la ejecución sobre sus bienes desplazándolos a otro Estado), como de los acreedores (que, para prevenir anticipadamente los riesgos de no cobrar, encarecen el precio o las garantías) e incluso del propio Estado (que puede pretender favorecer a sus acreedores nacionales).

La comprensión parcial de la insolvencia sería menos problemática si todos los Estados recurrieran a mecanismos similares para salvar la internacionalidad de la insolvencia, es decir, si todos adoptaran las mismas normas de Derecho internacional privado, puesto que estas normas permiten «reconocer» lo realizado en otro ordenamiento al que previamente se ha identificado como el competente para decidir sobre la insolvencia. En la realidad, sin embargo, se verifica que también en esta sede las políticas legislativas son claramente distintas de un Estado a otro, como puede observarse al analizar los dos grandes modelos de solución de la insolvencia internacional.⁶

Una primera respuesta del ordenamiento es la de ofrecer una solución *territorial* a la insolvencia transfronteriza. Este modelo implica que se puede abrir un concurso en el Estado donde el deudor tenga sus bienes con efectos limitados al territorio de ese Estado. En su versión más dura el modelo territorial no sólo limita la masa activa sino también la pasiva, de manera que sólo los acreedores locales pueden participar en él. Como no podía ser de otro modo, el procedimiento queda sujeto a las normas concursales de ese Estado. Estas características permiten definir el modelo como «defensivo».

La fórmula territorial presenta ventajas e inconvenientes. Entre las primeras se aducen fundamentalmente dos: (a) garantiza adecuadamente la tutela de los acreedores locales y (b) facilita, en ciertas situaciones, la liquidación del patrimonio del deudor (por ejemplo, cuando la liquidación de los bienes situados en un Estado concreto es suficiente para sanear la empresa o cuando el número de acreedores es muy elevado y la existencia de varios procedimientos territoriales en lugar de uno universal facilita las negociaciones). Entre los inconvenientes del modelo territorial puede señalarse que: (a) genera cierta inse-

⁶ Un desarrollo más completo de las consideraciones que ahora siguen sobre los modelos puede encontrarse en F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de insolvencia. Una aproximación general», en *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El convenio de Bruselas*, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. IV, 2001, pp. 229 ss. *Vid.* igualmente, C. ESPLUGUES, *La quiebra...*, *op. cit.* pp. 25 ss.

guridad jurídica, porque la distribución de los activos es difícilmente previsible; (b) aumenta el riesgo de comportamientos oportunistas del deudor concursal; (c) se multiplican los costes procesales, pues hay que abrir tantos procedimientos como lugares donde el deudor tenga bienes y (d) se dificultan las decisiones de saneamiento de la empresa.

La alternativa al modelo territorial, y precisamente para salvar los inconvenientes apuntados antes, es la del modelo *universal*, que parte del principio de simetría entre la regulación jurídica y la actividad económica:⁷ si la actividad económica de un sujeto es única aunque se desarrolle en más de un Estado, los procedimientos colectivos deben ser únicos para toda esa actividad y para todas las partes afectadas. Esto implica que sólo se abrirá un procedimiento que abarca todos los bienes del deudor, con independencia de dónde se localicen, y en el que concurren todos los acreedores del deudor. Este procedimiento queda sujeto a una ley, *v. gr.* la del Estado donde se abra, y las decisiones que en él se adopten se reconocen y ejecutan en los demás Estados. Con ello se garantiza el carácter único del procedimiento universal.

Las ventajas de esta fórmula son el revés de los inconvenientes del modelo territorial: (a) el régimen jurídico aplicable es más previsible; (b) disminuyen los riesgos de comportamientos oportunistas del deudor (pues los bienes quedarán afectados con independencia de su localización) así como el incentivo del acreedor a incrementar el precio de los créditos; (c) reduce los costes procesales y (e) facilita las decisiones relativas al saneamiento de la empresa. Como inconvenientes del modelo universal pueden apuntarse (a) la mayor dificultad para gestionar un procedimiento de este tipo y (b) la exigencia de un presupuesto que no siempre existe: la cooperación interestatal. Para que haya verdadera universalidad es necesario, pues, un sistema de reconocimiento común del único procedimiento posible.

Los dos modelos tienen buenas razones para existir pero responden claramente a políticas distintas y ello genera discontinuidad en las relaciones internacionales. Si un Estado F1 sigue un modelo universal pero otro Estado F2 adopta uno territorial, el resultado será que lo decidido en F1 no tendrá por qué ser reconocido en F2 y viceversa, aunque ambos sistemas pretendan regular la crisis de una misma empresa que tiene actividad en los dos Estados.⁸ De este

⁷ M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Civitas, 2003, p. 21; J. WESTBROOK, «A Global Solution to Multinational Default», *Michigan L. Rev.*, 2000, pp. 2276 ss., p. 2283.

⁸ Valga como ejemplo para ilustrar este problema el análisis de las soluciones territoriales incorporadas al anteproyecto de 1983 que realiza J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Competencia...», *op. cit.*, pp. 227 ss.

modo el fraccionamiento jurídico y el posible comportamiento estratégico derivado de aquél pueden producir distorsiones en la solución de la insolvencia internacional.

III. LA SOLUCIÓN DE DERECHO COMUNITARIO

En un contexto de integración económica, basado en un principio de cooperación entre los Estados miembros, la fragmentación de la insolvencia no es razonable. O de manera más precisa: la diversidad de soluciones materiales en sede concursal puede ser una causa de distorsión del funcionamiento del mercado, pero también lo es la disparidad de normas de Derecho internacional privado de la insolvencia. En otros términos, las normas estatales no permiten una visión del mercado global (integrado) comunitario porque parten de presupuestos unilaterales. Por ello la opción del legislador comunitario ha sido la armonización del Derecho internacional de la insolvencia mediante la adopción, como no podía ser de otro modo, del modelo universal aunque sea un modelo *universal mitigado*.

El legislador comunitario ha regulado en distintas ocasiones la insolvencia internacional (transfronteriza) comunitaria, v. gr. en el Reglamento 1346/2000 y en varias Directivas sobre insolvencia de entidades que operan en sectores específicos y que quedan expresamente excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento por el tipo de actividad desarrollada, generalmente sujeta a supervisión prudencial por las autoridades del Estado de origen de dichas entidades. En concreto, se trata de la Directiva 17/2001 sobre saneamiento y liquidación de las empresas de seguros y la Directiva 24/2001 sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito.⁹ Queda aún por desarrollar la normativa relativa a las empresas de inversión.¹⁰ La presentación del modelo

⁹ Directiva 2001/17 de 19 marzo, DOCE de 20 abril L110/28; Directiva 2001/24 de 4 abril, DOCE de 5 mayo 2001 L125/15. De momento sólo la primera ha sido transpuesta en el ordenamiento español por ley 34/2003 de 4 noviembre (BOE de 5 noviembre 2003, núm. 265, pp. 39190 ss) que modifica la ley 30/1995 de 8 noviembre de ordenación y supervisión de los seguros privados.

¹⁰ Junto a estos textos cuyo objeto es la insolvencia internacional, también es posible hallar reglas de Derecho concursal en textos comunitarios cuyo objeto principal es la regulación de otros sectores, v. gr. Directiva 2002/47/CE de 6 junio, sobre acuerdos de garantía financiera (art. 8); Directiva 98/26/CE de 19 mayo, sobre firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores (arts. 6-9); Directiva 80/987/CE de 20 octubre, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario; Directiva 90/314/CE de 13 junio relativa a los viajes combinados (art. 7) y Directiva 97/9/CE de 3 marzo relativa a los sistemas de indemnización de los inversores.

comunitario de insolvencia se basará en el Reglamento 1346/2000, pues no sólo constituye la norma principal dentro del sistema comunitario de Derecho concursal,¹¹ sino que es asumido como modelo por el legislador español para elaborar las soluciones autónomas (vid. *infra*).

Como ya se indicó, el Reglamento 1346/2000 propone un modelo de tipo universal: la apertura de un procedimiento principal, al que concurren todos los bienes y acreedores, y sujeto a la *lex fori concursus principalis*. Ahora bien, la universalidad queda matizada porque: (a) permite la apertura de procedimientos territoriales con la masa activa limitada a la localizada en el territorio de apertura del procedimiento, pero con la concurrencia de todos los acreedores; estos procedimientos pueden coexistir con el principal; (b) introduce algunas excepciones a la aplicación de la *lex fori concursus*.

Es evidente que el legislador comunitario sólo puede regular aquellas situaciones que tengan vinculación con la CE, de tal manera que el Reglamento de insolvencia se aplica a aquellos concursos que podamos denominar «comunitarios», *i. e.* los de sujetos que tengan su centro de actividad principal en territorio comunitario.¹² *A contrario*, si el centro de intereses principales se localiza fuera de la CE, entonces esta insolvencia no será objeto del Reglamento, sino de las normas de cada Estado miembro.¹³ Conviene advertir desde ahora que, a efectos del Reglamento, son Estados miembros todos los Estados de la CE salvo Dinamarca.¹⁴

A grandes rasgos podemos presentar el Reglamento como un conjunto de reglas de Derecho internacional privado comunitario que no pretende unificar

¹¹ M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, «El Derecho concursal europeo: un ensayo sobre su racionalidad interna», *REDE*, vol. 1, 2002, pp. 67 ss, p. 70.

¹² Este procedimiento tiene carácter universal, es decir, que pretende abarcar todos los bienes y acreedores del deudor, incluso aquellos localizados fuera de la Comunidad. Ahora bien, en estos supuestos el Reglamento necesitará del complemento de la normativa estatal (vid. *infra*). Con carácter general sobre el alcance del Reglamento, vid. M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, «El Derecho concursal europeo...», *op. cit.*, pp. 77 y 96 ss.

¹³ El concepto de «centro de intereses principales» no queda definido en el articulado del Reglamento pero sí en el considerando 13, que retoma lo expuesto en el informe Virgós/Schmidt al convenio de 1995. Se considera centro de intereses principales aquel donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y pueda ser averiguado por terceros. En el caso de las personas jurídicas se presume que dicho centro corresponde al lugar de su domicilio social (art. 4).

¹⁴ Debido a la reserva que hizo Dinamarca a los textos comunitarios que se dictaran en virtud de los arts. 61 ss del TCE. Por el contrario, la limitación territorial no se aplica a las Directivas (cfr. L. GARCÍA GUTIÉRREZ, «Artículo 199.I», *Comentarios a la Ley concursal*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), Tecnos, 2004, p. 2040).

las soluciones materiales. En otros términos, dentro de la CE siguen existiendo distintos modelos de abordar la insolvencia, pero las reglas comunitarias establecen reglas uniformes que ofrecen a los operadores económicos una seguridad acerca de qué tribunales europeos serán competentes, qué Derecho estatal van a aplicar y cómo van a ser reconocidas las decisiones dictadas por esos tribunales en Europa. Como veremos inmediatamente, las respuestas no se articulan en términos de soberanía sino en atención a la construcción de un espacio integrado en el que hay que satisfacer las necesidades jurídicas de los operadores económicos. Por ello se puede decir que el Derecho concursal comunitario responde a una doble lógica, de lo privado y de integración o comunitaria.

1. Reglas de competencia judicial internacional

Un modelo universal mitigado supone la posibilidad de abrir junto al procedimiento principal, uno o varios territoriales. Las reglas de CJI del Reglamento 1346/2000 responden a este modelo: el procedimiento principal sólo se podrá abrir en el Estado miembro donde se localice el centro principal de intereses del deudor. Este es un criterio fácil de identificar y que asegura que las posibles posiciones concursales puedan calcularse *ex ante*, garantizando mayor seguridad jurídica. Por su parte, el(los) concurso(s) territorial(es) se podrá(n) abrir en el Estado miembro donde tenga un establecimiento el deudor.¹⁵ Con este foro, sin quebrar el espíritu de universalidad del concurso y bajo ciertas condiciones (art. 2.4), el Reglamento permite una cierta protección de los intereses locales. El procedimiento territorial será «independiente» cuando sea el único procedimiento abierto, mientras que será (o pasará a ser) «secundario» cuando se haya abierto un procedimiento principal.

2. Reglas de Derecho aplicable

La regla de base (propia del modelo universal) es la aplicación de la *lex fori concursus*, *i. e.* el tribunal ante el que se abre el procedimiento -tanto si es principal como territorial- aplica su ley concursal. Pero junto a ésta el Reglamento prevé algunas excepciones (arts. 5 ss), que hacen referencia a la *lex causae* de la relación jurídica afectada por la quiebra o insolvencia, por ejemplo los contratos sobre bienes inmuebles, los contratos de trabajo, o los derechos reales de terceros. La finalidad de estas excepciones es doble: (a) proteger ciertas expectativas

¹⁵ El establecimiento se define en el artículo 2 como «todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes».

de los acreedores consolidadas fuera del concurso por los acreedores y (b) facilitar la administración y gestión del patrimonio del deudor insolvente.

El Reglamento ofrece así un mecanismo fundamentado en el criterio de la universalidad del concurso, pero no a toda costa, puesto que puede ceder a favor de otros intereses igualmente valiosos. Así por ejemplo, en el artículo 5 se respetan los derechos reales de terceros sobre bienes del deudor, quedando estos derechos «inmunizados» frente a la *lex fori concursus* y sujetos a la *lex causae* conforme a la que se constituyeron y que proporciona a dichos terceros el entorno jurídico en el que confiaron (incluida la posibilidad de que el deudor cayera en insolvencia) al constituir su derecho. De igual modo esta regla, aun favoreciendo a determinados acreedores, tiene la ventaja de simplificar la aplicación de las normas (pues sólo se aplica una de ellas), lo que al final supone una reducción de los costes procesales beneficiosa para todos.¹⁶

3. Reglas de reconocimiento y ejecución

Consecuencia natural de la apertura de un solo procedimiento principal es que lo que en éste se acuerde (desde la primera resolución de apertura del procedimiento pasando por todas y cada una de las resoluciones que dicte el órgano judicial) es reconocido de manera automática en los demás Estados miembros. El reconocimiento se realiza conforme al modelo de extensión de los efectos, de manera que reconoceremos la decisión extranjera con el mismo alcance que esa resolución tenga en el Estado de origen y con independencia de que en aquél se siga un modelo de insolvencia diferente al que se aplica en el foro. Los límites al reconocimiento son mínimos (v. gr. orden público y en particular los principios, derechos o libertades fundamentales garantizados por la Constitución). En cuanto a la ejecución, queda supeditada a un procedimiento intermedio de homologación, o *exequatur*, mecanismo regulado en el Reglamento CE 44/2001¹⁷ y al que se remite el Reglamento de insolvencia.

Para los procedimientos territoriales no se incluyen reglas especiales de reconocimiento pues, por su propia naturaleza, tienen un alcance limitado territorialmente. Ahora bien, se prevé un cierto reconocimiento de estas decisio-

¹⁶ Vid. M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, «El Derecho concursal europeo...», *op. cit.*, pp. 91 ss.

¹⁷ Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOCE de 16 enero de 2001, L12/1. Este Reglamento está en vigor desde el 1 de marzo de 2002.

nes en la medida en que se prohíbe que los demás tribunales puedan entrar a discutir los efectos de esa resolución en otros Estados miembros (v. gr. si en F1 se ordena la reintegración a la masa del procedimiento territorial de un bien que ha sido desplazado a F2, los tribunales de F2 ‘reconocerán’ la decisión de los tribunales de F1 sin poder discutirla).

También existen reglas de reconocimiento del síndico extranjero y sus poderes. Estas reglas son importantes tanto cuando actúa como único síndico, porque su actividad se desarrollará en varios países, como cuando existen varios procedimientos pues deberá coordinar su actuación con la de los otros síndicos. El reconocimiento se realiza mediante un mecanismo facilitado que consiste en la presentación del documento que acredita su calidad de tal y el alcance de sus poderes en el procedimiento extranjero. Una vez reconocido podrá actuar en el Estado requerido con dos límites: respetar la ley de ese Estado (en particular las modalidades de realización de los bienes) y no interferir con la actuación del síndico del procedimiento territorial allí abierto (art. 18).

4. Reglas de coordinación entre procedimientos

La posibilidad de que puedan abrirse varios procedimientos conforme al Reglamento plantea inmediatamente el riesgo de la pérdida del criterio de la unidad económica. En efecto, al estar sujetos los procedimientos cada uno a su ley y administración, podrían generarse de nuevo dificultades: el comportamiento estratégico de los acreedores, la inviabilidad del saneamiento (porque las decisiones se descentralizan), etc. Para garantizar la unidad económica es necesario pues «reagrupar» el litigio principal con el/los territorial/es. La vuelta a la unidad se consigue mediante tres tipos de reglas:

- las relativas al alineamiento de procedimientos, partiendo de la premisa de que el principal puede ser de liquidación o saneamiento, pero el territorial secundario sólo de liquidación (vid. arts. 33, 34 y 37); estas reglas garantizan las decisiones centralizadas y, en última instancia, confirman la primacía del procedimiento principal sobre el territorial;¹⁸

¹⁸. Limitar la opción del saneamiento al procedimiento principal tiene una lógica, pues es el único lugar desde el que se puede adoptar una decisión global sobre toda la empresa; una reorganización completa sólo es posible en ese foro. Además esta limitación tiene una justificación técnica pues simplifica la coordinación de los procesos. *Vid.* un mayor desarrollo de estos argumentos en M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, «El Derecho concursal europeo...», *op. cit.*, pp. 174 y 228 ss.

- las de participación de los acreedores en todos los procedimientos, garantizando la universalidad de la masa pasiva y la *par condicio creditorum* (art. 32), y las de distribución del activo (*v. gr.* cuenta consolidada de dividendos por los distintos procedimientos, art. 20, el remanente del procedimiento territorial pasa al principal, art. 35), que aseguran a su vez la universalidad de la masa activa del deudor en el concurso;
- las relativas a la conducción del procedimiento, *i. e.* obligaciones de cooperación entre administradores/síndicos (art. 31).

No es éste el momento de entrar en más detalles acerca de las soluciones comunitarias, pero estas pautas bastan para entender que desde 2002 el Reglamento había introducido en nuestro sistema jurídico un modelo estructurado de insolvencia internacional, eso sí, un modelo particular porque responde a las específicas exigencias de la integración comunitaria.

IV. LA NOVEDAD DE LA LC

La existencia del Reglamento 1346/2000 condicionó de manera necesaria las soluciones de Derecho internacional privado de la LC. En efecto, al haber ocupado la norma comunitaria un espacio de la regulación de la insolvencia internacional en España -*i. e.* el de la insolvencia intracomunitaria- el ámbito de aplicación de la LC quedaba necesariamente limitado a la insolvencia «extracomunitaria».¹⁹

Cuando hablamos de insolvencia extracomunitaria podemos referirnos a dos situaciones. La primera sería aquella en la que todos los elementos de la insolvencia son extracomunitarios (*v. gr.* el procedimiento principal está abierto en un país no comunitario, los acreedores y bienes se localizan fuera de la

¹⁹ Es conveniente precisar que la LC también complementa el Reglamento en los supuestos intracomunitarios en algunos aspectos en los que aquel prefiere no regular de manera exhaustiva y remite a la normativa interna de los Estados miembros. Tal vez el ejemplo más claro en este sentido sea el de la publicidad que ha de darse al concurso: el artículo 21.2 del Reglamento establece que el síndico del procedimiento principal extranjero adoptará las medidas necesarias para garantizar la publicación obligatoria prevista en el Estado miembro en que el deudor tenga un establecimiento. En otros términos, el Reglamento está remitiendo a la norma estatal (española) la determinación del carácter obligatorio o no de la publicación. El artículo 221.2 LC impone la publicación obligatoria, de manera que cualquier administrador o representante, incluido el comunitario, queda obligado a llevarla a cabo.

CE, etc.). La segunda se remite a aquellos aspectos extracomunitarios de un procedimiento concursal intracomunitario, *i. e.* qué ley se aplica si se abrió el procedimiento principal en España pero los bienes del deudor se localizan *fuera* de la CE (así, art. 201 para bienes muebles, art. 206 para bienes inmuebles); cómo se notifica al acreedor extracomunitario (art. 214), etc.

Dos eran las posibilidades que se abrían al legislador español: (a) bien se seguía el modelo comunitario, proyectando las soluciones del Reglamento al tráfico internacional, (b) bien se adoptaban soluciones diferentes para los supuestos extracomunitarios. La LC opta por la primera solución, tomando el modelo comunitario como la base de la regulación autónoma del concurso internacional, circunstancia que queda expresamente reconocida en la ley, aunque incluye una referencia a otros ejercicios codificadores en el ámbito internacional (*cf.* UNCITRAL).²⁰

Esta influencia tiene un primer efecto de carácter interpretativo, pues las soluciones de la LC deben ser interpretadas a la luz del Reglamento, círculo hermenéutico de la normativa concursal.²¹ En segundo lugar, se puede observar una cercanía más que notable en las soluciones adoptadas pero sin que esto suponga la identidad total (así por ejemplo ocurre a la hora de determinar la ley aplicable a los derechos reales que recaen sobre bienes del deudor).

Conviene tener en cuenta sin embargo, que las normas de la LC están llamadas a operar fuera del contexto de cooperación reforzada e integración. Esto explica por qué algunas opciones del legislador español se desvían de las comunitarias y, en particular, por qué se introduce la condición de reciprocidad. A diferencia del entorno comunitario, donde la confianza mutua se presume como presupuesto de la construcción europea, en las relaciones con el resto de los ordenamientos del

²⁰ Exposición de Motivos, XI. En el marco de las reformas concursales que se están llevando a cabo en los Estados Miembros de la Comunidad es clara la referencia a uno de estos dos instrumentos como punto de partida de las soluciones autónomas de Derecho concursal internacional. Así, en la línea del ordenamiento español, que toma como punto de referencia el Reglamento 1346/2000, se puede identificar la reciente reforma portuguesa (*Decreto-Lei* 53/2004 de 18 marzo). La opción del legislador español es sólo relativamente novedosa pues el debate sobre la unicidad o dualidad del modelo de insolvencia internacional, en particular con relación a la actividad legislativa comunitaria, ya se había planteado respecto de los anteproyectos anteriores; *vid.* J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Aspectos internacionales de la situación concursal», en *La reforma del Derecho de quiebra (Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español)*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 329 ss, y C. ESPLUGUES, «Eficacia...», *op. cit.*, pp. 1159 ss.

²¹ M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, «Artículo 199», en *Comentarios...*, A. Rojo/ E. Beltrán (dirs.), Civitas, *en prensa*.

mundo la cooperación no es necesariamente espontánea y puede favorecerse con criterios como el de la reciprocidad: colaboraremos con los otros Estados si éstos colaboran con nosotros. En otros términos, la reciprocidad (entendida como principio aceptable desde un punto de vista constitucional) se perfila con carácter cooperativo y no de retorsión, *i. e.* incentivando la colaboración de los demás Estados.²² Esta es la filosofía que inspira la cláusula general de reciprocidad del art. 199.II. En el mismo sentido deben entenderse las cláusulas especiales de reciprocidad que el legislador ha introducido a lo largo del texto (arts. 217, 227.1, 230).

Ahora bien, la reciprocidad no significa siempre identidad de tratamiento, *i. e.* que en España se traten las situaciones de la misma manera que lo sean en otro país. Y esto puede suponer en algunos supuestos que, aun incentivándose la cooperación, ésta sea una cooperación 'a la baja'. Así ocurre con los créditos públicos extranjeros en el procedimiento concursal español. El punto de partida es la reciprocidad (*i. e.* se admiten los créditos públicos de un Estado extranjero cuando se admitan los créditos públicos españoles en los concursos en aquel Estado). Ahora bien, como la LC les otorga un rango ordinario (con independencia de lo que suceda con los créditos públicos españoles en el extranjero), el resultado al que puede conducir de facto esta norma es a una reciprocidad limitada. En efecto, al observar los demás Estados que en España sus créditos públicos se 'degradan', podrán adoptar la misma conducta en sus procedimientos concursales respecto de los créditos públicos españoles. De este modo, la ley puede estar generando un incentivo negativo como es la pérdida del rango privilegiado que puedan tener los créditos públicos españoles en los procedimientos extranjeros.

La reconocida influencia de la normativa comunitaria explica que desde un punto de vista de la estructura las normas de DIPr de la LC sean un reflejo del Reglamento. Pero precisamente porque la premisa de partida no es la misma que en Derecho comunitario, el paralelismo de las soluciones ofrecidas por la LC y el Reglamento en ocasiones es sólo aparente. En otros términos, la LC responde a una lógica de lo privado pero no a una lógica de integración. Podemos comprobarlo analizando la estructura de la LC.

1. Las reglas del CJI

Están recogidas en los artículos 10.1 y 10.3 (y no en el título IX) y siguen de cerca la solución comunitaria, ya que si el deudor tiene su centro de intere-

²² E. RODRÍGUEZ PINEAU, «Artículo 199.II», en *Comentarios a la ley concursal*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), Tecnos, 2004, pp. 2040-2042.

ses en España se abrirá un procedimiento principal, y si tiene establecimiento, uno territorial. En ambos casos podrán concurrir todos los acreedores. Las definiciones de centro principal de intereses y establecimiento son idénticas a las que incluye el Reglamento comunitario.²³

Enunciadas las reglas, conviene apuntar dos matizaciones:

(i) La primera apunta a la parcial inutilidad del artículo 10 LC pues si el centro de intereses está en España, Estado miembro de la CE, los tribunales españoles se declararán competentes en virtud del Reglamento y no de la LC. Así pues, la verdadera aportación del artículo 10 se concreta en la regla de competencia territorial ya que dependerá de dónde esté situado el centro de intereses principales del deudor para que resulte aplicable una norma u otra: si quisiera tramitarse la insolvencia del establecimiento en España de una empresa alemana, acudiríamos a las reglas del Reglamento; por el contrario, si se tratara del establecimiento de una empresa argentina, el cauce correcto sería la LC.

(ii) El segundo matiz hace referencia al pretendido carácter universal del procedimiento principal pues, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito comunitario, donde es consecuencia necesaria de la apertura de un único procedimiento principal que será reconocido por todos los demás Estados miembros, la universalidad que predica la ley española para el resto de los concursos internacionales es relativa ya que depende del reconocimiento que hagan los demás Estados. Y éstos no tienen por qué aceptar ese punto de partida de la ley española si han establecido foros de competencia, *v. gr.* el domicilio del demandado, que permitan abrir en su territorio otro procedimiento supuestamente universal o si sujetan el reconocimiento al respeto de los criterios de competencia judicial internacional previstos en ese foro.²⁴ Así pues, si se abre un

²³. En este sector se aprecia claramente la incidencia del sistema comunitario en la norma española autónoma, pues en los anteproyectos anteriores el criterio de competencia judicial internacional básico era el del domicilio del deudor (*vid.* art. 382 del anteproyecto de 1983 y art. 264 del anteproyecto de 1995).

²⁴. Este tipo de soluciones es precisamente el que estaba contemplado en las propuestas de anteproyecto. En ellas se establecía que las resoluciones extranjeras serían reconocidas en España cuando el tribunal de apertura del procedimiento fuera competente conforme a las reglas previstas en el sistema español (*v. gr.* el domicilio del demandado). Este criterio correspondía con el que confería la competencia directa a los tribunales españoles en el anteproyecto de 1983 y sólo limitadamente en el de 1995 (pues en éste se preveía además la presencia en España del 'centro efectivo de sus actividades'). *Vid.* J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Competencia...», *op. cit.*, pp. 222 ss y C. ESPLUGUES, «Eficacia...», *op. cit.*, pp. 1134 ss.

procedimiento principal de insolvencia en España no será posible abrir otro procedimiento principal en Alemania frente a ese mismo deudor; por el contrario, la apertura del procedimiento en España no sería necesariamente reconocida ni significaría un impedimento para la apertura de un procedimiento principal en F30 si en este país la regla de competencia judicial se determinara en atención al domicilio del demandado, sito en F30, a pesar de que el deudor tenga su centro de intereses principales en España.

2. Reglas de Derecho aplicable

La solución de base sigue siendo la *lex fori concursus* (del procedimiento principal o territorial) aunque la LC no especifica, a diferencia del Reglamento cuáles son las cuestiones que quedan cubiertas bajo esta ley.²⁵ Junto a la regla principal, la LC prevé una serie de correcciones (o reglas especiales) que reflejan la misma política subyacente del Reglamento (v. gr. proteger a terceros y facilitar la administración del patrimonio del deudor) si bien no se traduce siempre en soluciones similares a las de aquél. Así ocurre por ejemplo con la ley aplicable a efectos del concurso sobre los derechos reales que recaigan sobre bienes del deudor. En el Reglamento se establece que la posición concursal del titular de ese derecho no resulta afectada por el concurso, *i. e.* el derecho está inmunizado frente al concurso, mientras que la LC opta por la aplicación de las normas concursales del lugar de situación del bien, *i. e.* respeta las expectativas razonables en caso de concurso para ese tercero si se abriera el procedimiento concursal en aquel país.²⁶

En este punto es conveniente matizar algo más el funcionamiento de las reglas de Derecho aplicable. Las soluciones se asemejan mucho a las del Reglamento y cumplen una función directa como en éste, *i. e.* identificar el Derecho aplicable a ciertas cuestiones concursales suscitadas en los procedimientos abiertos en España. Pero además, y a diferencia del Reglamento, estas normas tienen una segunda función, de naturaleza indirecta, porque determinan el alcance que un concurso extranjero puede tener en España. En efecto, como veremos *infra*, el legislador de la LC opta por un modelo de reconocimiento de extensión de los efectos pero introduce un ‘tope’ reservando la apli-

²⁵ En este sentido, el círculo hermenéutico del artículo 200 LC es el artículo 4 del Reglamento (*vid. supra* nota 21).

²⁶ Un estudio de las distintas opciones legislativas en este punto puede verse en L. GARCÍA GUTIÉRREZ, «Artículo 201», *Comentarios a la ley concursal*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), Tecnos, 2004, pp. 2056-2057.

cación de los artículos 201 a 209 (reglas de Derecho aplicable) en sede de reconocimiento (art. 223).²⁷

3. Reglas de reconocimiento y ejecución

En este bloque las diferencias con el Reglamento son más que notables y se explican a partir de las opciones subyacentes a las reglas de reconocimiento. Así, mientras que la norma comunitaria opta por el reconocimiento automático (*i. e.* sin ningún control o proceso intermedio), en el sistema de la LC el reconocimiento queda supeditado a la obtención del *exequatur* de la declaración de apertura (art. 220) conforme al cauce procesal previsto en la LEC 1881. De manera que las resoluciones de apertura dictadas en un procedimiento concursal (tal como queda definido por la LC) provenientes de Estados no comunitarios (o de Estados comunitarios pero dictadas conforme a reglas de Derecho autónomo, *i. e.* que estén fuera del ámbito de aplicación del Reglamento 1346/2000) deben pasar este control previo.²⁸ Pero además existe una segunda diferencia en las opciones legislativas ya que todo el capítulo queda sujeto a la regla de la reciprocidad, regla inexistente en el ámbito comunitario. Esta es una condición lógica si tenemos en cuenta que se trata de países con los que no existe un grado de integración jurídica como los de la CE. Sin embargo, su carácter es más dudoso si atendemos a la situación de los particulares afectados por el concurso internacional y cuya posición puede depender de las relaciones bilaterales entre Estados.

La distinta opción de base que inspira el reconocimiento en uno y otro sistema tiene consecuencias de alcance cuando se trata de concretar las soluciones. Esto puede comprobarse *v. gr.* en lo que respecta a los efectos del reconocimiento, pues aunque el principio recogido es el de la extensión de los efectos, *i. e.* con el mismo alcance que tiene en el Estado de origen, inmediatamente se limita con un control de la ley aplicada en dicho Estado (art. 223). Esta exigencia constituye una especie de salvaguarda ante la ausencia de reglas comunes pues, a diferencia de lo que ocurre en un ámbito integrado como el comunitario, donde los Estados miembros comparten las normas de conflicto, en un contexto internacional no queda garantizado que el tribunal del Esta-

²⁷ I. HEREDIA CERVANTES, «Artículo 200», *Comentarios a la ley concursal*, R. Bercofritz Rodríguez-Cano (ed.), Tecnos, 2004, p. 2045.

²⁸ Sin embargo, las resoluciones que sigan a esta primera de apertura del procedimiento no quedan sujetas a *exequatur* y, conforme al artículo 222, se reconocerán sin necesidad de procedimiento alguno siempre que reúnan los requisitos previstos en el artículo 220 LC.

do de origen (de apertura) haya respetado las normas que habría aplicado un juez español.²⁹ Esta disposición debe entenderse no como la estricta aplicación de la norma remitida sino como la consecución de resultados similares a los que se hubieran obtenido de haber aplicado ésta, en lo que se denomina «equivalencia de resultados».³⁰ También el reconocimiento del síndico extranjero se somete a más controles y, en lugar del reconocimiento automático de la norma comunitaria, la LC lo sujeta al *exequátur* del procedimiento extranjero del que es administrador (art. 221). Esta sujeción al reconocimiento del procedimiento extranjero impregna igualmente las soluciones en sede de coordinación y cooperación, reglas que pasamos a analizar.

4. Reglas de cooperación en procedimientos paralelos

Las diferencias entre las soluciones comunitarias y el Derecho autónomo presentes en sede de reconocimiento y ejecución son aún más claras en el capítulo de la cooperación entre procedimientos, que es el que peor se traslada desde el Reglamento a la LC.³¹ La primera premisa que subyace a las reglas de colaboración comunitaria es el mandato de cooperación que el hecho de participar en la CE impone a todos sus Estados miembros, presupuesto que no existe en las relaciones con otros Estados extracomunitarios. La segunda pre-

²⁹. A pesar de su carácter limitador del reconocimiento esta solución es más razonable que las propuestas anteriores de anteproyecto donde el modelo era de «equiparación», de forma que el concurso extranjero reconocido en España sólo podía producir los efectos previstos en la ley española (*vid.* art. 396 del anteproyecto de 1983 y art. 268 del de 1995). Acerca de las limitaciones de esta solución, en particular respecto de los efectos temporales, *vid.* J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Competencia...», *op. cit.*, pp. 225 ss y C. ESPLUGUES, «Eficacia...», *op. cit.* p. 1148.

³⁰. El problema puede plantearse a la hora de determinar qué resultados deben ser protegidos. Para algunos, esta regla pretende garantizar exclusivamente la correcta aplicación del Derecho español (*i. e.* de los resultados que supondría la aplicación de éste), al que remite la norma de conflicto concursal (*vid.* M. AMORES «Artículo 223», en *Comentarios a la ley concursal*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), Tecnos, 2004, pp. 2175-2176). Pero también se ha defendido que esta previsión se aplicaría cualquiera que fuera la ley aplicable conforme a la norma de conflicto española (E. RODRÍGUEZ PINEAU, «Bienes del cónyuge y acciones de reintegración a la masa en el concurso internacional», *R.D.C.P.*, 2004, pp. 225 ss, p. 235).

³¹. Con todo, la incidencia del Reglamento está más que presente, sobre todo si se compara lo establecido en la LC con las propuestas de los anteriores anteproyectos de 1983 y 1995. Las (escasas) soluciones recogidas en éstos habían sido criticadas por la doctrina, en particular en lo que respecta al papel de los síndicos en su actividad de coordinación, *cfr.* C. ESPLUGUES, «Eficacia...», *op. cit.* pp. 1132, 1144 ss.

misa de la cooperación es la posibilidad de que todos los acreedores puedan participar en todos los procedimientos, aspecto que no queda garantizado cuando estamos fuera del ámbito comunitario. Por eso la LC no incluye reglas sobre alineación de procedimientos y se limita a incorporar algunas reglas sobre participación de los acreedores y cooperación de los administradores concursales (arts. 227-230).

Ahora bien, aún en estos supuestos, es preciso tener en cuenta el restringido alcance de las normas por dos razones fundamentales. Por una parte, porque la efectividad de la cooperación no depende de que el legislador español la exija, sino de la voluntad de las autoridades o síndicos (administradores concursales) de otros procedimientos concursales extranjeros.³² Y por otra, porque la cooperación queda limitada a aquellos procedimientos que hayan sido reconocidos en España y siempre que no se verifique la ausencia de cooperación (o reciprocidad negativa).³³

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La LC ha supuesto una novedad importante en el panorama del Derecho concursal español en sus aspectos internacionales, pues ha cubierto una laguna abandonada durante demasiado tiempo. Pero de igual modo hay que constatar que la importancia de las nuevas reglas es sólo relativa, pues buena parte del trabajo de regulación de la insolvencia internacional había sido realizado ya por el legislador comunitario e introducido en el ordenamiento español en virtud del Reglamento 1346/2000. Con todo, es de agradecer que por fin exista una regulación autónoma y que además produzca un sistema completo y armónico. Sistema completo porque abarca todos los supuestos -comunitarios y extracomunitarios- de insolvencia internacional que pueden afectar a tribunales españoles. Y a pesar de ello, armónico, porque el legislador ha tenido en cuenta la ventaja de ofrecer soluciones inspiradas en una misma filosofía, respetando eso sí, las particularidades que supone la pertenencia a una Comunidad integrada.

³² De hecho, se puede afirmar que el enfoque adoptado puede llegar a desincentivar la cooperación. Así, L. LOPUCKI («Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach», *Cornell L. Rev.* 1999, pp. 696 ss, p. 752) alerta del peligro de los sistemas universalistas «agresivos» que, al plantear pretensiones unilaterales de alcance extraterritorial, se arriesgan a la confrontación en lugar de conseguir la cooperación.

³³ M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, «Artículo 227», en *Comentarios...*, A. Rojo/ E. Beltrán (dirs.), Civitas, *en prensa*.